



Buenos Aires, 10 de septiembre de 2014

**Señores Legisladores miembros de la
Honorable Cámara de Diputados de la Nación**

S. ___ / ___ D.

REF.: Proyectos de Ley del PEN con media sanción del Senado, denominados: "*NUEVA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES DE PRODUCCIÓN Y CONSUMO*" y "*SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO*"

De nuestra mayor consideración:

En mi carácter de Presidente del COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, me dirijo respetuosamente a los Señores Legisladores a los fines de poner en vuestro conocimiento las observaciones que le merecen a nuestra entidad los proyectos de ley de la referencia, de modo de aportar nuestros puntos de vista desde la perspectiva jurídica, a los fines de su consideración en el tratamiento de los indicados proyectos que actualmente tiene lugar ante esa Honorable Cámara de Diputados.

Durante las reuniones plenarias celebradas en el Honorable Senado de la Nación que precedieron a la media sanción de los proyectos del Poder Ejecutivo Nacional, los representantes de este último se empeñaron en sostener que la Ley de Abastecimiento N° 20.680 se encontraba actualmente vigente y aplicable en su totalidad.



Efectivamente, la Ley 20.680 se encuentra vigente en la medida que no ha sido derogada por otra norma con igual jerarquía. La ley fue incluso incorporada al Digesto Jurídico Argentino (Ley 26.939) bajo el número K-1011.

No obstante ello, la aplicación de la Ley 20.680 se encuentra actualmente suspendida casi en su totalidad en virtud de lo previsto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°2284/1991 (BO 1/11/91), cuyo Art. 4° dispone:

*"Suspéndese el ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley N° 20.680, el que **solamente podrá ser reestablecido, para utilizar todas o cada una de las medidas en ella articuladas, previa declaración de emergencia de abastecimiento por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACION, ya sea a nivel general, sectorial o regional.** Se exceptúa de lo prescripto en el párrafo anterior las facultades otorgadas en el Artículo 2° inciso c), continuando en vigencia para este supuesto particular las normas sobre procedimientos, recursos y prescripción previstas en la mencionada Ley" (lo destacado es propio).*

El Decreto N°2284/1991 fue ratificado por la Ley 24.307 -Art. 29- (BO 30/12/93). **Este decreto también fue incluido en el Digesto Jurídico Argentino bajo el número K-1764.**

En consecuencia, la única previsión que se mantuvo plenamente aplicable fue el Art. 2°, inc. c) de la ley, que establece:

"En relación a todo lo comprendido en el artículo precedente, el Poder Ejecutivo, por sí o a través del o de los funcionarios y/u organismos que determine, podrá: ... c) Dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción".



Es así que la Ley 20.680 debe inevitablemente interpretarse en conjunto con el DNU 2284/91 y, consecuentemente, la aplicación de las potestades previstas en la Ley de Abastecimiento quedó supeditada a que el Poder Legislativo dicte previamente una ley que declare la *"emergencia de abastecimiento"*, ya sea a nivel general, sectorial o regional.

Esta interpretación ha sido sostenida por el Procurador del Tesoro de la Nación en el año 2002 (Dictamen 241-165).

Los representantes del PEN en las audiencias ante el HSN antes indicadas oponen a la precedente argumentación la incidencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N°722/1999 (BO 8/7/99), y un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del año 2007 (Dictamen 263-064).

La tesis antes indicada ha sido contundentemente desvirtuada por los propios actos precedentes del actual gobierno, que en todas las resoluciones dictadas hasta ahora en la materia se ha limitado a invocar como fundamento el art. 2º, inc. c) de la Ley 20.680 (única disposición aplicable actualmente de la ley de abastecimiento), y por las demás razones de orden jurídico que ha analizado la doctrina especializada, a cuyos fundamentos nos remitimos en homenaje a la brevedad (Artículos de los Dres. Castro Videla y Maqueda, titulados: *"La vigencia de las facultades delegadas por la Ley de Abastecimiento"*, en Revista El Derecho, diarios del 5 y 6 de agosto de 2013 y *"La constitucionalidad de la delegación realizada por la Ley 20.680 de abastecimiento"*, en Revista El Derecho, diarios del 15 y 16 de agosto del mismo año; en similar sentido se ha expedido la Dra. Guglielminetti en un reciente trabajo titulado *"Aproximación conceptual a la potestad ordenadora de precios"*, publicado en la Revista de Derecho Público, Número 2014-1: las regulaciones estatales de la economía en la Argentina I / dirigido por Tomás Hutchinson y Horacio Rosatti, págs. 431 a 439).



Asimismo, resulta importante poner de manifiesto que los propios redactores del proyecto dejan en palmaria evidencia sus dudas respecto de la vigencia actual de las disposiciones de la Ley de Abastecimiento, al establecer en el penúltimo artículo del proyecto (art. 19), lo siguiente: "*Deróganse los artículos 25 y 26 de la Ley N° 20.680 y sus modificatorias... y toda otra norma que se oponga o condicione el ejercicio de las facultades establecidas en la presente ley*". En efecto, la parte final que aquí se resalta no puede tener otro sentido que no sea el de suponer que otra norma (en el caso el Decreto 2284/91) puede estar condicionando el ejercicio de una ley que, como antes dijimos, si bien existe en el ordenamiento jurídico, el ejercicio de las facultades que ella acuerda se encuentra suspendido, a excepción de lo dispuesto en su art. 2º, inc. c)

Lo referido precedentemente, más allá de la discusión acerca de si la ley de abastecimiento se encuentra actualmente en vigencia, lo que finalmente será anecdótico si se sanciona el proyecto que en última instancia reinstalará su plena aplicación con las reformas ahora propuestas, sirve para entender que las excesivas facultades que una ley como la de abastecimiento acuerdan a favor del PEN y sus funcionarios, SOLO podrían tener alguna justificación en caso de que nos encontrásemos frente a una efectiva y real situación de emergencia así declarada por el Poder Legislativo que permita excepcionalmente aplicar semejantes limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales de propiedad y de ejercer industria lícita.

Es que estas facultades de extrema intervención y regulación de los mercados son de resorte exclusivo del Congreso Nacional que, en tal caso, estaría delegándolas en el PEN, **y aquí se encuentra la primera valla infranqueable** del proyecto propuesto desde el punto de vista constitucional

En tales condiciones, y al establecer este proyecto una delegación de tipo permanente a favor del PEN, **su palmaria inconstitucionalidad resulta de lo que constituye un claro apartamiento del artículo 76 de la Constitución Nacional** que, después de la reforma de 1994 prescribe taxativamente:



"Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca".

En el presente caso, el proyecto del PEN incumple claramente con TODOS los requisitos fijados en la manda constitucional:

- El proyecto de ley no declara ni invoca que nos encontremos frente a una situación de emergencia pública;
- Las desmesuradas facultades de intervención en los mercados de producción de bienes y servicios que el proyecto acuerda al PEN y sus funcionarios no tienen un plazo fijado para su ejercicio; y
- Las bases de la pretendida delegación son de una amplitud tal que otorgan una discrecionalidad casi absoluta a los funcionarios del PEN para fiscalizar, juzgar y sancionar supuestas conductas reprochables mediante criterios de apreciación puramente subjetivos y arbitrarios, lo que en rigor determina que las bases de la delegación no existan como tales.

En este último sentido, las irrestrictas facultades que se enumeran en el Art. 2º de la ley (y del proyecto de ley), para ser ejercidas en todo tipo de actividad económica y en cualquier etapa de la actividad, llevan como único presupuesto de aplicación y pretendido límite, la circunstancia de resultar "*estrictamente necesario*" el ejercicio de la competencia de que se trate y a criterio de ese único órgano, concepto éste que entraña la más pura discrecionalidad administrativa y dificulta incluso cualquier posible posterior control judicial con sustento en los elementos reglados del acto administrativo que se dicte, pues estos también se hallan difusos al tratarse de una norma plagada de indefiniciones y conceptos amplios o poco claros en los presupuestos que contemplan.



Resulta oportuno recordar un fallo ejemplificador de la Corte Suprema de la Nación, que limitando la discrecionalidad administrativa sostuvo que: *"... aun en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que 'la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba', en tanto ello llevaría a consagrar como bien se ha señalado- 'una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos'* (CSJN, in re "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo", de fecha 23/6/92, Fallos 315:1361).

Además y luego de la reforma de la Carta Magna en el año 1994, esa intervención previa debe respetar invariablemente las limitaciones que se derivan de su Art. 76.

Por otra parte, las facultades en materia sancionatoria que se acuerdan en el proyecto a favor del PEN y sus funcionarios, son igualmente inconstitucionales, en tanto por la naturaleza de las gravosísimas sanciones que allí se establecen, debieran en todo caso ser atribuidas a un Tribunal Administrativo que cuente con las garantías que aseguren su funcionamiento imparcial e independiente y sujeto a control judicial suficiente.

Al respecto, baste con recordar que esta cuestión ha sido definida no sólo por la doctrina en numerosos trabajos de autores de jerarquía, sino por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como muestra resulta por demás elocuente recordar el precedente "Ángel Estrada" (2005), donde se dejó bien en claro que *"Si bien el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional, tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por*



ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente”.

Es evidente que ni el PEN, ni el Secretario de Comercio ostentan tales requisitos de imparcialidad e independencia.

Otro aspecto negativo y cuestionable a destacar es que uno de los principales cambios que introduce el proyecto de ley de reformas a la ley de abastecimiento consiste en que, a partir de la sanción legislativa, toda la materia de la ley pasará a ser regulada, en su totalidad, por el llamado derecho administrativo sancionador.

Esto sucede por la conjunción articulada de dos preceptos: a) el que atribuye competencia al fuero contencioso administrativo federal para entender en las apelaciones previstas en la ley (art. 16 del Proyecto) y en la aplicación de la sanción de inhabilitación especial (art. 15); y b) la que prescribe la aplicación subsidiaria (y no por analogía) de la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (art. 28 del Proyecto).

Es decir que, a diferencia del actual texto –cuya aplicación está suspendida–, que prescribe la competencia del fuero penal económico para entender en los recursos contra las sanciones, y la aplicación supletoria del Código Procesal Penal (arts. 16 y 28 de la ley 20.680), el proyecto de modificaciones a la Ley de Abastecimiento ha adjudicado la competencia para entender en los recursos al fuero contencioso administrativo y lo que es aún más significativo, es que el derecho de fondo en ausencia de normas expresas y específicas en la ley, pasa a ser el integrado por los principios y normas de la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos.



Contrariamente, la ley 20.680 en su redacción actual prescribe la aplicación supletoria del Código de Procedimientos en lo Criminal (actual Código Procesal Penal de la Nación) y declara también aplicables las disposiciones generales del Código Penal “*en cuanto este disponga lo contrario*” (art. 28 Ley 20.680).

Estas modificaciones, considerando la naturaleza penal de las sanciones susceptibles de ser aplicadas, resultan contrarias al ejercicio de la garantía constitucional del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva que garantizan los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional en el año 1994.

Al igual que en la ley 20.680 la norma prevé que el recurso contra la aplicación de una multa se concede con el efecto devolutivo (es decir, la impugnación no suspende su ejecución) y que para interponer el recurso hay que depositar previamente su importe en dinero efectivo (art. 17 del proyecto y de la ley 20.680).

Pero, a diferencia de este artículo, el nuevo artículo 17 que se proyecta ha eliminado la posibilidad de sustituir ese pago por una caución real o garantía sobre el fondo de comercio, obligando en todos los casos -salvo la remota posibilidad de que la Secretaria de Comercio acepte sumariamente que se ocasiona un perjuicio irreparable-, a acompañar la boleta de depósito que acredita el pago en efectivo de la multa como condición para que no se desestime el recurso “*in limine*” (art. 17 del Proyecto).

Esto puede llevar a las empresas a situaciones de asfixia financiera y eventualmente a la quiebra, sobre todo, como ocurrió en la historia de la aplicación de la ley 20.680, cuando las multas no tienen límite alguno en cuanto a la reincidencia, lo que está en contra de las tendencias actuales del derecho penal y de los principios de los pactos internacionales (violando, particularmente, el principio de la tutela judicial efectiva reconocido en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).



Por último, nadie puede poner en duda que la ley 20.680 padece de graves tachas de inconstitucionalidad en cuanto viola, de un modo manifiesto, los derechos individuales y las garantías que los protegen, especialmente, el derecho a ejercer industria o comercio lícitos y el derecho de propiedad (arts. 14 y 17 C.N.) para citar los de mayor peso y trascendencia.

En cuanto a la inconstitucionalidad de la ley el defecto más grande radica en el amplio arbitrio que le concede a la Autoridad de Aplicación para dictar sanciones, mediante cláusulas generales o indeterminadas de infracción (vgr. elevar artificialmente los precios, desviar o discontinuar el abastecimiento, reducir la producción o no incrementarla etc.), a través de descripciones que impiden que las personas o empresas alcanzadas conozcan con un grado de certeza cuáles son las consecuencias de sus actos. Hay que tener en cuenta que la descripción de la conducta específica a la que se conecta la sanción administrativa proviene de la necesidad de garantizar las libertades y constituye una exigencia insoslayable del Estado de Derecho.

A su vez, el plazo exiguo que prescribe la ley para la producción de la prueba (10 días) conculca los principios del procedimiento administrativo y además de inquisitivo, resulta arbitrario.

Finalmente, los efectos que la aplicación de la nueva ley puede producir sobre el derecho de propiedad son ostensibles y esperables, dado que las sanciones y poderes omnímodos (que implican la facultad de juzgar infracciones constitucionalmente prohibidas – art. 109 C.N.), chocan abiertamente con todo el bloque de constitucionalidad integrado también por tratados internacionales a los que Argentina ha adherido (en tal caso se encuentran desde el decomiso de las mercaderías, en caso de desabastecimiento hasta su venta sin juicio de expropiación, violando la garantía de previa indemnización).

La supresión de las penas de arresto y prisión no mejora nada dado que esos poderes eran tan groseros en manos de la Administración que iban a ser prontamente declarados inconstitucionales por los jueces y lo mismo cabe decir



de la propuesta de que la clausura sea declarada por la justicia, que disfraza el verdadero objetivo que es la aplicación de multas "sine die" como instrumento de amenaza, presión y hostigamiento.

Lo paradójico del caso es que actualmente se encuentra en plena vigencia la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156, que constituye el instrumento adecuado para analizar y en su caso sancionar las prácticas monopólicas o que atenten de algún modo contra la libre competencia.

En efecto, prescriben los arts. 1° y 2° de dicha ley lo siguiente:

ART. 1°: *"Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.*

Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas.

ART. 2°: *"Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1°, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:*

a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

- b) Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;*
- c) Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento;*
- d) Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos;*
- e) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios;*
- f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste;*
- g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;*
- h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;*
- i) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;*



j) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

k) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales;

l) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;

ll) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público;

m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios”.

Ahora bien, a los fines de la aplicación de dicha ley, sancionada en el año 1999 (hace ya casi 15 años), su art. 17 establecía que debía crearse el denominado Tribunal de Defensa de la Competencia, como un tribunal administrativo dotado de las características de imparcialidad e independencia, sin dependencia jerárquica del PEN, cuyas decisiones podrían ser apeladas ante la justicia.

Sin embargo, este tribunal, que sería entonces el ámbito natural donde dirimir estas cuestiones para proteger la libre competencia, no solo nunca fue creado, sino que ahora, a través del otro proyecto de ley presentado al Congreso (“Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, se lo suprime, traspasándole todas sus facultades a la actual Secretaría de Comercio.

Por último, y como la muestra más elocuente del espíritu de absoluta discrecionalidad que ya anidaba en la Ley de Abastecimiento en su redacción actual que pretende ahora ser reinstaurada con modificaciones, baste hacer una mención puntual al art. 17 del proyecto de reformas, que al modificar el art. 27 de la ley original, prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 27. *"Frente a una situación de desabastecimiento o escasez de bienes o servicios que satisfagan necesidades básicas o esenciales orientadas al bienestar general de la población, la Autoridad de Aplicación podrá disponer mediante resolución fundada su venta, producción, distribución o prestación en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea su propietario, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de imponer las sanciones previstas en el artículo 5º. Dicha medida durará el tiempo que insuma la rehabilitación de la situación de desabastecimiento o escasez y será proporcional en su alcance a la gravedad de los hechos que la motivan"*

Semejante disposición constituye nada más y nada menos que una facultad confiscatoria en manos del PEN o de sus funcionarios, contraria a la garantía constitucional del art. 17, que establece que *la propiedad es inviolable* y que *ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley*. En este caso, basta que un funcionario determine a su solo criterio –con algún pretendido fundamento– que existe *"...una situación de desabastecimiento o escasez de bienes o servicios que satisfagan necesidades básicas o esenciales orientadas al bienestar general de la población"*, para que pueda disponer de los bienes privados, incluso interviniendo compulsivamente en la producción de bienes o servicios de una empresa, sin una previa declaración de emergencia, ni obligación de indemnizar previamente al afectado, que además en este caso siquiera ha incurrido en una actuación irregular sino que es



susceptible de sufrir una confiscación, por el sólo hecho de poseer determinados bienes o capacidad de producción o prestación de bienes o servicios.

En suma, el proyecto de reformas y reinstauración de la Ley de Abastecimiento constituye un grave avasallamiento al ámbito de decisión propio de las empresas privadas y es claramente inconstitucional, ya que afecta el derecho de propiedad y a "ejercer toda industria lícita", garantizados por nuestra Constitución, así como la garantía del derecho de defensa en juicio y de la tutela judicial efectiva reconocida además en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, generando un fuerte disuasivo a la actividad empresarial, las inversiones productivas y el empleo.

Por todo lo precedentemente expuesto, el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, solicita respetuosamente a los Señores Legisladores el rechazo total del proyecto de Ley de Abastecimiento a ser considerado por esa Honorable Cámara de Diputados, y el mantenimiento de las facultades y funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia creado por la Ley 25.156 (que pretende ser suprimido por el segundo proyecto de ley comentado), exhortando al PEN para que disponga su inmediata creación de acuerdo a lo prescripto en dicha Ley.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para saludar a los Señores legisladores con mi más distinguida consideración.



MÁXIMO J. FONROUGE
Presidente

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES